

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'appel restauré et ses fondements

Hoc, Arnaud

Published in:

Human Rights as a Basis for Reevaluating and Reconstructing the Law

Publication date:

2016

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Hoc, A 2016, L'appel restauré et ses fondements: droit naturel ou droits fondamentaux ? Dans A Hoc, S Wattier & G Willems (eds), *Human Rights as a Basis for Reevaluating and Reconstructing the Law*. Bruylant, Bruxelles, p. 245-263.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

VI

L'APPEL RESTAURÉ ET SES FONDEMENTS : DROIT NATUREL OU DROITS FONDAMENTAUX ?

Arnaud Hoc

Assistant à l'Université catholique de Louvain
Centre de droit privé

A. – L'appel restauré

1. *Sa genèse*

1. **Qu'est-ce que l'« appel restauré » ?** – L'article 616 du Code judiciaire dispose que tout jugement peut être frappé d'appel sauf si la loi en dispose autrement. Bien que l'appel ne soit pas un droit garanti par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (voy. *infra*), ni une garantie constitutionnelle (1), ni même un principe général de droit (2), l'ouverture de cette voie de recours est en principe la règle, sa fermeture en est l'exception (3).

Précisément, de telles exceptions se rencontrent dans un certain nombre d'hypothèses. On peut penser aux cas où le jugement porte sur une demande dont le montant n'excède pas un certain montant (le « taux du ressort ») (4), ordonne certaines mesures d'instruction (production de documents, descente sur les lieux, comparution personnelle) (5), ou est rendu dans le cadre d'un contentieux spé-

(1) C. const. (anc. C. arb.), 7 novembre 1996, *J.L.M.B.*, 1996, p. 1692, obs. THIRY.

(2) Cass., 25 octobre 1996, *Pas.*, 2006, I, p. 2161. Sur l'absence de « droit » au double degré de juridiction, voy. G. CLOSSET MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 3-4, n^{os} 1 à 3 et les références citées.

(3) *Ibid.*, p. 51, n^o 80.

(4) Art. 617 et s., C. jud.

(5) Respectivement art. 880, art. 1003 et art. 1008, C. jud.

BRUYLANT

cifique caractérisé par un impératif de célérité (faillites (6), liquidations-partage (7), saisies immobilières (8), etc.).

Dans tous ces cas de figure, l'accès à la voie d'appel est restreint voire totalement fermé. Pourtant, on observe depuis quelques temps que la jurisprudence admet, sous certaines conditions, que l'appel soit « restauré », en dépit de l'interdiction légale, lorsque la décision attaquée est entachée d'un vice grave. Il s'agit là d'un exemple de pure création prétorienne, élaborée et appliquée en dehors de toute référence à la loi, et même contre le texte clair de celle-ci.

2. D'où vient cette théorie ? – Cette construction prétorienne est née en France, dans un passé déjà lointain. Bien qu'il existe quelque hésitation quant à la date de sa première consécration, on la fait parfois remonter à un arrêt de la Cour de cassation de France rendu en 1857 (9) ! C'est en effet l'une des premières occurrences dans lesquelles la jurisprudence française a admis que l'appel soit rétabli, en dépit de l'interdiction légale, au motif que la décision entreprise était entachée d'un « excès de pouvoir ».

Cette notion d'excès de pouvoir est particulièrement floue et se dérobe à presque toute tentative de définition (10). Il semblerait qu'elle se soit d'abord entendue, au sens strict, d'une violation du principe de la séparation des pouvoirs et visait à sanctionner le juge qui se serait comporté en législateur ou en administrateur, par exemple en statuant par voie de disposition générale (11). Elle pouvait aussi englober, toujours dans une approche relativement stricte, le défaut de pouvoir juridictionnel : ainsi par exemple du

(6) Voy. not. l'art. 37 de la loi du 8 août 1997 sur les faillites, *M.B.*, 28 octobre 1997, p. 28562.

(7) Voy. not. l'art. 1211, § 2, al. 6, C. jud.

(8) Voy. not. l'art. 1437, al. 4, C. jud.

(9) Cass. fr. (req.), 7 janvier 1857, *DP*, 1857, 1, 406.

(10) Depuis M. Waline (*La notion judiciaire de l'excès de pouvoirs*, Paris, Dalloz, 1927) on ne compte plus les études consacrées à la notion, dont (parmi beaucoup d'autres) N. FRI-CÉRO, « La détermination de la voie de recours ouverte en cas d'excès de pouvoir. À propos des ordonnances du conseiller de la mise en état », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, hors-série « Rencontre Université-Cour de cassation – La procédure civile – 23 janvier 2004 », 2004 (non paginé) et J.-M. SOMMER, « L'excès de pouvoir du juge dans la jurisprudence de la Cour de cassation, 1990-2010 – Étude empirique », in L. CADIET et D. LORIFERNE (dir.), *La réforme de la procédure d'appel*, coll. Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, t. 33, Paris, IRJS éd., 2011, pp. 107-135. Voy. encore J. MOURY, « L'excès de pouvoir et le juge de l'article 1843-4 du code civil », *D.*, 2012, pp. 2573-2576.

(11) F. KERNALEGUEN, « L'excès de pouvoir du juge », *Justices (R.G.D.P.)*, 1996/3, pp. 151-159, spéc. p. 153.

juge qui, sans être incompetent, aurait pris des mesures que la loi ne l'autorisait pas à prendre (12).

La notion d'excès de pouvoir a ensuite évolué et s'est pour ainsi dire dilatée (13). Cette évolution était prévisible: dès lors que la notion constituait un « critère quasi-magique » (14) permettant de restaurer le recours là où il était en principe fermé, il n'est guère surprenant que les plaideurs n'aient eu de cesse de tenter de la faire coïncider avec des réalités toujours plus différentes (15). C'est ainsi que l'excès de pouvoir, entendu cette fois au sens large, a fini également par englober la violation d'un principe fondamental de procédure, comme celui de la contradiction (16) ou de l'obligation de motivation (17). Inquiète de cette « dérive dangereuse » (18) et en proie à des dissensions internes sur la question, la Cour de cassation de France est cependant intervenue en 2005 (19) pour remettre de l'ordre dans les esprits : l'excès de pouvoir doit s'entendre au sens strict et ne peut consister en la violation d'un principe de procédure, aussi fondamental soit-il (20).

3. Comment cette théorie a-t-elle été « importée » en droit belge ? – Par une curieuse ironie, c'est précisément à l'heure où la théorie se trouvait ainsi malmenée en France qu'elle a commencé à recueillir les faveurs de la jurisprudence belge, dans le cadre de la question spécifique de l'exécution provisoire.

(12) N. FRICERO, « L'excès de pouvoir en procédure civile », *Justices (R.G.D.P.)*, 1998/1, pp. 17-44, spéc. p. 27.

(13) Sur cette évolution voy. D. FOUSSARD, « L'excès de pouvoir devant le juge judiciaire : première approche », in L. CADIEU et D. LORIFERNE (dir.), *La réforme de la procédure d'appel*, coll. Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne-André Tunc, t. 33, Paris, IRJS éd., 2011, pp. 101-105, spéc. p. 102.

(14) O. BARRET, « L'appel-nullité (dans le droit commun de la procédure civile) », *RTD civ.*, 1990, pp. 199-228, spéc. p. 215 et dans des termes presque similaires, F. DERRIDA., note sous Cass. fr. (com.), 25 janvier 1994, *D.*, juris., p. 381, n° 7.

(15) Au point de devenir une notion purement « fonctionnelle », selon R. PERROT, obs. sous Cass. fr. (com.), 26 janvier 2010, *RTD civ.*, 2010, pp. 376.

(16) Cass. fr. (com.), 28 mai 1996, *Bull. civ.*, IV, n° 150.

(17) Cass. fr. (com.), 30 mars 1993, *Bull. civ.*, IV, n° 132.

(18) C'était en tout cas l'avis de son doyen honoraire, A. PERDRIAU, « Pour une limitation des "appels-nullité" », *Gaz. Pal.*, 1996.II, pp. 204-208, spéc. p. 206, n° 17.

(19) Cass. fr. (ch. mixte), 28 janvier 2005, *Bull. ch. mixte*, n° 1 ; *D.* 2006, p. 545, obs. P. JULIEN et N. FRICERO. Cette jurisprudence est constante depuis, voy. plus récemment Cass. fr. (com.), 28 février 2014, *D.*, 2014, p. 1017 et obs. F.A.

(20) La doctrine désapprouve ce revirement et continue à considérer que la violation d'un principe directeur du procès, et en particulier celui du contradictoire, devrait demeurer un cas d'ouverture de l'appel-nullité : voy. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, 30^e éd., Paris, Dalloz, 2010, pp. 803 et s., et spéc. n° 1156.

On rappellera brièvement que l'exercice d'une voie de recours ordinaire, comme l'appel ou l'opposition, a en principe pour effet de suspendre le caractère exécutoire de la décision attaquée (21). Jusqu'à récemment, il était cependant possible pour le juge d'octroyer l'exécution provisoire du jugement à la demande d'une des parties (22). Le jugement pouvait donc alors faire l'objet d'une exécution forcée, nonobstant l'appel ou l'opposition, mais aux risques et périls de la partie qui la poursuivait (23). Dans ce système, l'article 1402 du Code judiciaire interdisait au juge d'appel de revenir sur l'exécution provisoire accordée par le premier juge : il ne pouvait donc empêcher la partie qui en avait sollicité l'autorisation de faire exécuter la première décision sans attendre l'issue du recours.

Pourtant, on a constaté que les juridictions d'appel n'avaient pas hésité à déroger à cette interdiction – pourtant fort claire – lorsque l'exécution provisoire avait été accordée de manière notoirement irrégulière (24). C'est ainsi que la jurisprudence de fond admettait de suspendre l'exécution provisoire dans trois hypothèses : lorsque l'exécution provisoire était interdite par la loi, lorsqu'elle avait été accordée sans être sollicitée, ou lorsqu'elle l'avait été en violation des droits de la défense.

Dans deux arrêts consécutifs, l'un rendu le 1^{er} avril 2004 (25) et l'autre le 1^{er} juin 2006 (26), la Cour de cassation de Belgique avait consacré sans ambages cette solution. Aux termes de sa jurisprudence, il était donc admis que le juge d'appel était autorisé à déroger à la lettre de l'article 1402 du Code judiciaire, et à suspendre l'exécution provisoire accordée par le premier juge, lorsque celle-ci

(21) G. CLOSSET MARCHAL et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, loc. cit., p. 45, n° 66 et pp. 140-141, n° 224.

(22) Anc. art. 1398, al. 1^{er}, C. jud.

(23) Anc. art. 1398, al. 2, C. jud.

(24) K. BROECKX, « Is het verbod voord de appelrechter om de uitvoerbaarverklaring bij voorraad te schorsen (art. 1402 Ger. W.) absoluut ? », note sous Civ. Malines, 24 juin 1991, *R.G.D.C.*, 1994, pp. 143-145 ; K. WAGNER, « De appelrechter kan de voorlopige tenuitvoerlegging niet doen schorsen of verbieden, doch kan wel de vernietiging uitspreken van de onrechtmatig gewezen beslissing om een vonnis uitvoerbaar bij voorraad te verklaren », note sous Bruxelles (8^e ch.), 30 octobre 2001, *R.D.J.P.*, 2001, pp. 49-53.

(25) Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} avril 2004, *Pas.*, p. 557 ; S. MOSSELMANS, « Kan de appelrechter de tenuitvoerlegging van het beroepen vonnis tegenhouden ? », note sous Cass. (1^{ère} ch.), 1^{er} avril 2004, *T. Not.*, pp. 592-596 ; B. MAES, « De voorlopige tenuitvoerlegging van het vonnis van de eerste rechter ter discussie in hoger beroep », note sous Bruxelles, 19 novembre 2004 et Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} avril 2004, *R.A.G.B.*, 2005, pp. 836-841.

(26) Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} juin 2006, *Pas.*, p. 1252 ; *R.D.J.P.*, 2006, pp. 213-216, note D. MOUGENOT.

l'avait été *contra legem*, *ultra petita*, ou en violation des droits de la défense de l'autre partie (27).

Certains auteurs avaient vu dans les termes de l'arrêt du 1^{er} juin 2006 une forme de reconnaissance, du moins partielle, de la théorie française de l'« appel restauré » (28). N'était-on pas, il est vrai, face à un prescrit légal clair, interdisant en principe au juge d'appel de revenir sur un point de droit déjà tranché par le premier juge, et que la jurisprudence contournait en vue d'assurer le respect de certains principes fondamentaux de procédure, dont le principe dispositif et celui du contradictoire ?

Si l'inspiration française était ici évidente, l'approche retenue par notre Cour suprême se distinguait cependant nettement de celle adoptée par son homologue française. Au critère abstrait et difficilement définissable d'« excès de pouvoir », la Cour de cassation de Belgique avait préféré une approche davantage casuistique, qui avait le mérite de ne pas exclure de sa typologie la violation des droits de la défense. Plus inclusive quant aux conditions de recevabilité de l'appel restauré, cette jurisprudence avait cependant *a priori* une portée plus limitée, puisqu'elle ne concernait à proprement parler que la question de l'exécution provisoire (29).

2. *Son avenir*

4. La théorie conserve-t-elle sa pertinence depuis la réforme de l'exécution provisoire ? – Entretemps, le système de l'exécution provisoire a été profondément modifié. La loi du 19 octobre 2015 (30) a inversé la logique jusque-là en vigueur. Désormais, tout jugement est exécutoire par provision, à moins que le juge n'en décide autrement par une décision spécialement motivée (art. 1397, al. 2 *nouveau*, C. jud.). Seule l'opposition conserve un effet suspensif (art. 1397, al. 1^{er} *nouveau*, C. jud.).

(27) Cette jurisprudence n'a pas été remise en cause depuis et est bien suivie par les juridictions de fond, voy. G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 730, n° 7.66 et la jurisprudence citée.

(28) D. MOUGENOT, « Exécution provisoire et appel-nullité », note sous Cass. (1^{re} ch.), 1^{er} juin 2006, p. 214.

(29) A. HOC, « Remplacement du curateur de faillite, violation des droits de la défense et appel-nullité », note sous Liège (7^e ch.), 28 novembre 2013, *J.T.*, 2014, p. 29.

(30) Loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions en matière de justice, *M.B.*, 22 octobre 2015, p. 65084.

Dans cette nouvelle configuration, la théorie de l'appel restauré perd une grande partie de son intérêt : le premier jugement est exécutoire de droit, et ce mécanisme correcteur ne conserve sa pertinence que pour autoriser le juge d'appel à suspendre l'exécution provisoire dans le cas où elle aurait été octroyée *contra legem*.

Il est toutefois permis de penser que la théorie de l'appel restauré pourrait connaître aujourd'hui un nouvel essor, en dehors du cadre de l'exécution provisoire qui l'a vu naître. Un commentateur avait d'ailleurs déjà estimé que la fermeté et la généralité des termes employés par la Cour dans son arrêt du 1^{er} juin 2006 laisser présager de sa possible extension à d'autres domaines que celui de l'exécution provisoire, ou à d'autres types de restrictions à l'exercice des voies de recours (31).

5. Le champ d'application de la théorie est-il susceptible d'être étendu ? Cette intuition s'est depuis lors révélée assez juste. On peut notamment relever un arrêt de la Cour d'appel de Liège du 28 novembre 2013 (32) qui, en dépit d'une interdiction légale claire, a reçu l'appel d'un curateur de faillite ayant été remplacé sans avoir eu la possibilité de répondre aux griefs retenus contre lui par le tribunal de commerce.

Cette décision remarquable, qui se réfère d'ailleurs explicitement à la jurisprudence et à la doctrine françaises en matière d'appel restauré, constitue le premier exemple en droit belge d'une application de cette théorie hors du cadre de l'exécution provisoire. À la considérer fondée, on ne voit pas bien désormais ce qui empêcherait de retenir pareille solution dans toutes les autres hypothèses où une voie de recours se trouverait fermée par la loi (33).

Par ailleurs, la théorie de l'appel restauré pourrait aujourd'hui venir au secours des plaideurs voulant faire immédiatement appel d'un jugement avant-dire droit. La loi du 19 octobre 2015 a là aussi introduit une modification notoire : en vertu de l'article 1050, alinéa 2 *nouveau*, de Code judiciaire, l'appel d'un jugement avant-dire droit, qu'il ordonne une mesure provisoire ou une mesure d'instruction, n'est plus possible qu'avec l'appel du jugement définitif.

(31) D. MOUGENOT, « Exécution provisoire et appel-nullité », *op. cit.*, p. 216.

(32) Liège (7^e ch.), 28 novembre 2013, *J.T.*, 2014, p. 27, note A. Hoc.

(33) Pour une application très similaire de la théorie de l'appel restauré au cas du médiateur de dettes qui voulant faire appel de la décision ordonnant son remplacement, voy. C. trav. Liège (14^e ch.), 25 mars 2013, *Rev. not. b.*, 2014, p. 49.

On sait cependant que de telles mesures sont cependant loin d'avoir toujours une portée anodine ou réversible. La théorie de l'appel restauré permettrait ici d'ouvrir immédiatement le recours, sans attendre le jugement au fond. En France, où les jugements avant-dire droit sont de longue date soumis au régime que le législateur belge vient précisément d'adopter, on ne compte plus les décisions qui statuent en ce sens et qui constituent en réalité un des terrains d'élection privilégiés de la théorie (34).

6. Quels fondements ? – S'il est donc permis de penser que la théorie de l'appel restauré a encore de beaux jours devant elle, on ne saurait éluder la question de ses fondements. Car tout de même, rappelons-le, il s'agit là ni plus ni moins que d'une pure création prétorienne. Ce n'est pas simplement que cette théorie ne repose sur aucun fondement textuel : c'est qu'elle heurte de plein fouet le texte clair de la loi.

À ce sujet, on ne peut raisonnablement souscrire à l'interprétation par trop conciliante visant à justifier la théorie de l'appel restauré au motif que, si la loi interdit l'appel, elle ne saurait le faire que sous la réserve, implicite mais prétendument certaine, que la décision litigieuse a été rendue de manière régulière (35). À la rigueur, on veut bien admettre que la loi soit parfois peu claire ou qu'elle soit subordonnée à des conditions implicites mais nécessaires. Mais en l'occurrence l'exemple est mal choisi : s'il est bien un cas où il n'est pas permis de douter de l'intention du législateur, c'est lorsqu'il écrit noir sur blanc que telle ou telle décision n'est pas susceptible d'appel (36).

Autrement dit, et sauf à considérer que le pouvoir de création du juge n'a d'autres bornes que celles qu'il se fixe lui-même (37), on ne saurait justifier pareille dérogation à la lettre de la loi qu'en invoquant des règles qui soient supérieures à celle-ci. Pourtant, aussi fondamentale que paraisse cette exigence, on constate qu'elle semble bien peu préoccuper tant la jurisprudence que la doctrine.

(34) N. FRICERO, v° « Appel-nullité », *Jurisclasseur proc. civ.*, fasc. 724, n° 20 et n° 31, et la jurisprudence citée.

(35) Cette thèse est défendue en substance par O. BARRET, « L'appel-nullité (dans le droit commun de la procédure civile) », *op. cit.*, p. 213.

(36) Pour une démonstration en règle (et décomplexée) du caractère « créé » de la théorie de l'appel restauré, et la réfutation de la thèse de la simple « interprétation » de la loi, voir le très intéressant article de M. MARTEAU-PETIT, « Les voies de recours prétoriennes en procédure civile », *R.R.J.*, 1999, pp. 703-727, spéc. pp. 714-719, n° 9.

(37) Voir à ce sujet la thèse audacieuse défendue par P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, thèse, Paris, éd. Panthéon- Assas, 1999, spéc. pp. 611 à 634.

C'est un peu comme si la théorie de l'appel restauré était justifiée du simple fait qu'elle avait le mérite d'exister, ou encore comme si la meilleure manière de répondre à cette question difficile était encore d'éviter de se la poser. Sans exclure tout à fait les bienfaits d'une pareille morale, on tentera tout de même ici de pousser la réflexion un peu plus loin que là où on l'a généralement arrêtée.

B. – Ses fondements

1. Droit naturel ou droits fondamentaux

7. Le droit naturel ? – Faute de mieux, si l'on ose dire, la théorie de l'appel restauré a pu initialement être justifiée au regard de considérations tirées du droit naturel. Il serait ainsi « de droit naturel » de restaurer l'appel, en principe interdit, lorsque la décision attaquée serait entachée d'un vice grave, que celui-ci s'analyse comme un excès de pouvoir au sens strict ou comme une violation des principes directeurs du procès, et singulièrement du respect des droits de la défense.

Il n'est pas certain qu'une telle explication eût pu recueillir ne serait-ce que l'attention de la doctrine si elle n'avait été soutenue avec force et un certain éclat par Henri Motulsky dans l'une de ses contributions restées célèbres : « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense », parue aux *Mélanges Roubier* en 1961 (38). Il y dresse un inventaire de diverses solutions jurisprudentielles directement inspirées selon lui par des considérations de droit naturel, en ce qu'elles visent à adapter voire à contourner le droit positif en vue de se rapprocher d'un idéal de Justice. Au terme de cet inventaire, il vise expressément la théorie de l'appel restauré, qu'il perçoit comme l'un des exemples les plus paradigmatiques du phénomène qu'il entend démontrer : « il est de droit naturel, d'une part, de ne point être laissé à l'arbitraire d'un organisme juridictionnel, qui a pu usurper ses pouvoirs, et, d'autre part, de pouvoir obtenir la répression de l'atteinte portée aux droits de la défense eux-mêmes » (39), écrit-il à ce propos.

(38) H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense », in *Écrits. Etudes et notes de procédure civile*, 2e éd., Paris, Dalloz, 2010, pp. 60-84, publié initialement in *Mélanges Roubier*, 1961, t. 2, p. 175.

(39) *Ibid.*, p. 82, n° 30.

Soyons honnêtes : le crédit qu'on veut bien accorder à pareille approche est surtout la conséquence de la considération que voue la plupart des processualistes à son auteur. Mais il faut tout de même reconnaître une chose : dans les faits, c'est bien sur des considérations de ce genre que les juridictions et la doctrine ont pu justifier l'entorse ainsi faite à la loi. Il s'agit toujours bien de restaurer le recours pour « purger » (40) la décision attaquée d'un vice que l'on qualifiera, selon l'humeur du jour, d'« insupportable » (41), de « radical » (42), de « particulièrement grave » (43) ou de « grossier » (44). Tout se passe donc comme si cette solution « allait de soi » ou, pour le dire autrement, avait quelque chose de « naturel ».

8. Les droits fondamentaux ? – Il reste que si la jurisprudence et la doctrine, à la manière de Monsieur Jourdain et de la prose, font du droit naturel sans le savoir, cette explication reste peu satisfaisante pour l'esprit. Surtout, elle a quelque chose d'effrayant, en ce qu'étendue à toute matière, elle reviendrait à accepter que des considérations non strictement juridiques, ou du moins à la juridicité douteuse, puissent ébranler voire anéantir tout à fait les règles fixées par le droit positif.

Une vision plus moderne plus orthodoxe du problème consiste alors à fonder la théorie de l'appel restauré sur l'idée de prééminence des droits fondamentaux (45). On sait qu'il existe encore quelques débats – un peu d'arrière-garde – sur la question de savoir quelle place leur accorder dans la hiérarchie des normes (46).

(40) O. BARRET, « L'appel-nullité (dans le droit commun de la procédure civile) », *op. cit.*, p. 199.

(41) P. GERBAY, « Les effets de l'appel voie d'annulation », *D.*, 1993, chr., pp. 143-148, spéc. p. 143, n° 3.

(42) M. DOMINGO (avocat général), avis avant Cass. fr. (ch. mixte), 28 janvier 2005, *BICC*, n° 617, 15 avril 2005.

(43) Paris, 8 juillet 1987, *D.*, 1987, p. 11, concl. J. SAUVEL ; Paris, 10 juillet 1987, *Gaz. Pal.*, 11-12 novembre 1987, p. 21.

(44) Douai, 16 juillet 1987, *Gaz. Pal.*, 1987, p. 693

(45) Cette piste est notamment explorée par N. FRICERO, « L'excès de pouvoir en procédure civile », *op. cit.*, pp. 40 et s. Cela étant, dans la lignée de son arrêt du 28 janvier 2005 (*précité*), la Cour de cassation de France refuse de considérer comme constitutive d'excès de pouvoir la violation de l'article 6, § 1^{er} de la CEDH (Cass. fr., (com.), 8 mars 2011, *Bull. civ.*, IV, n° 35 et 12 juillet 2011, *Bull. civ.*, IV, n° 130) ou celle de son article 13 (Cass. fr. (com.), 19 juin 2012, *Bull. civ.*, IV, n° 130).

(46) Voy. en doctrine française la querelle interminable et un peu stérile (de l'avis même des principaux intéressés) qui oppose not. B. BEIGNER, « Hiérarchie des normes et hiérarchie des valeurs. Les principes généraux du droit et la procédure civile », in *Le droit privé français à la fin du XX^e siècle. Études offertes à Pierre Catala*, Paris, Litec, 2001, pp. 153-170 et S. GUINCHARD, « Retour sur la constitutionnalisation de la procédure civile », in *Le juge entre deux millénaires. Mélanges offerts à Pierre Drat*, Paris, Dalloz, 2000, pp. 355-368.

En droit belge, la question semble avoir été réglée, en tout cas pour ce qui concerne les droits fondamentaux garantis par les traités internationaux, par l'arrêt *Le Ski* rendu le 27 mai 1971 par la Cour de cassation (47). Il n'est depuis plus contesté qu'un droit fondamental consacré par un texte international ayant effet direct, et en particulier la Convention européenne des droits de l'homme, prime nécessairement une disposition nationale qui lui serait contraire (48).

Ainsi, pourrait *a priori* être considérée comme contraire à la Convention européenne des droits de l'homme, la loi belge qui interdirait l'exercice de tout recours contre une décision rendue en violation des garanties du procès équitable prévues à l'article 6, paragraphe 1^{er}, de ce texte. Il faut en effet souligner que l'article 13 de la Convention prévoit le droit à un recours effectif devant une instance nationale dans le cas où un individu allègue de la violation d'un des droits garantis par le texte (49). Cette disposition découle nécessairement du caractère subsidiaire de la protection offerte par la Convention et de son mécanisme de contrôle, et est le corollaire direct de la règle de l'épuisement des recours internes (art. 35 CEDH) (50).

À cet égard, on se souvient des hésitations provoquées par l'articulation difficile entre le droit d'accès à un juge, consacré implicitement par l'article 6 de la Convention (Cour eur. D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, §§ 31 et s.), et le droit à un recours effectif prévu par l'article 13 (51). Mais depuis l'arrêt rendu par la Cour de Strasbourg en l'affaire *Kudla c. Pologne* le 26 octobre 2000 (§§ 147 et s.), on sait que le constat de la violation de l'article 6, du fait du dépassement du délai raisonnable de la procédure, ne fait pas obstacle au constat d'une éventuelle

(47) Cass., 27 mai 1971, *Pas.*, I, p. 959.

(48) Sous la réserve d'une disposition nationale plus favorable, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, coll. Grands arrêts, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 275-281.

(49) D. DE BRUYN, « Le droit à un recours effectif », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 185-205.

(50) *Ibid.*, p. 196.

(51) J. VELU et R. ERGEC, *Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., coll. R.P.D.B., Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 115-116, n° 108.

violation de l'article 13, du fait que le droit national n'offre aucun recours effectif pour se plaindre de ce dépassement (52).

Avec toutes les nuances et les réserves qu'impose la lecture de cet arrêt et de la jurisprudence subséquente (53), il est donc permis de penser que le droit national se devrait d'ouvrir un recours à tout justiciable qui n'aurait pas été jugé dans le respect des garanties du procès équitable. Ne peut-on y voir la consécration, du moins implicite, de la théorie de l'appel restauré ?

9. *Quis custodiet ipsos custodes ?* – Ce serait malheureusement céder à trop d'enthousiasme que de croire le débat ainsi soldé. En droit comme en toute chose, il n'est de question réglée qui n'en suscite immédiatement d'autres. La formule dont on se fait ici l'écho, et dont on ne sait plus très bien s'il faut l'attribuer à Platon ou à Juvénal (54), n'a rien perdu de sa pertinence aujourd'hui : qui gardera les gardiens ? Il s'agit en réalité moins d'une question destinée à trouver une réponse que d'un appel à la résignation : la paix sociale exige qu'à un moment, le litige prenne définitivement fin et qu'un juge le tranche une fois pour toute. Admettre que toute décision puisse toujours être sujette à un recours, c'est ouvrir la voie d'une régression à l'infini qu'aucun système juridique ne pourrait souhaiter.

Il est donc légitime et même nécessaire que le droit national prévoie des règles éventuellement restrictives en matière de recours contre les décisions juridictionnelles (55). La question est de savoir dans quelle mesure ces restrictions restent néanmoins compatibles avec les exigences du procès équitable et celles du droit au recours

(52) S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 1999-2001*, coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 39, Bruxelles, Larcier, 2003, pp. 199-202, n° 267.

(53) S. VAN DROOGHENBROECK, *La Convention européenne des droits de l'homme. Trois années de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme 2002-2004*, coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 57 (vol. 2), Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 117-126, spéc. pp. 118-119, n° 457-458.

(54) http://fr.wikipedia.org/wiki/Quis_custodiet_ipsos_custodes%3F (consulté le 12 juin 2015)

(55) La Cour européenne s'est déjà prononcée à de nombreuses reprises sur la question des éventuelles limitations du droit d'accès à un juge, jugeant que ce droit n'est pas absolu et que des limitations peuvent être implicitement admises (Cour eur. D.H., arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, § 38 ; arrêt *Stanev c. Bulgarie* (Gde ch.) du 17 janvier 2012, § 230). Tel est le cas notamment pour les conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'État, qui jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation (Cour eur. D.H., arrêt *Luordo c. Italie* du 17 juillet 2003, § 85).

effectif, telles que définies notamment par la Cour européenne des droits de l'homme (56).

Dans la discussion qui nous occupe, il n'est peut-être pas inutile de rappeler que le droit au double degré de juridiction n'est pas en tant que tel garanti par la Convention européenne des droits de l'homme. Il ne l'est en réalité qu'en matière pénale, aux termes de l'article 2 du Protocole n° 7, et encore avec des nuances et des restrictions (57) (58). Ce n'est donc pas comme si les rédacteurs du traité avaient laissé la question en suspens : ils l'ont réglée et l'ont fait dans ce sens, si bien que leur volonté d'exclure le droit au double degré en matière civile est implicite mais résolument certaine.

C'est donc bien logiquement que la Cour européenne estime que le droit d'accès à un tribunal, garanti par l'article 6 de la Convention, n'empêche pas l'obligation pour les États de mettre en place des voies de recours contre toute décision de justice (Cour eur. D.H., arrêt *Boulougouras c. Grèce* du 27 mai 2004, § 22).

Cela étant, il est peut-être possible de tirer quelques enseignements utiles d'un arrêt rendu le 30 juin 2014 (59) par notre Cour constitutionnelle dans une problématique qui, sans être identique à celle posée par la question de l'appel restauré, est du moins comparable : *quid* du recours effectif contre une décision rendue par une Cour suprême statuant en dernier ressort ?

Sans entrer dans les détails de cet arrêt foisonnant et qui n'a pas manqué d'attirer déjà les commentaires les plus divers (60),

(56) C'est ainsi que la Cour européenne juge que ces limitations ne doivent pas restreindre l'accès ouvert à l'individu d'une manière ou à un point tel que le droit d'accès s'en trouve atteint dans sa substance même. De plus, les limitations ne se concilient avec l'article 6, § 1, de la Convention que si elles poursuivent un « but légitime » et s'il existe un « rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé » (Cour eur. D.H., arrêt *Ashingdane c. Royaume-Uni* du 28 mai 1985, § 57 ; *Fayed c. Royaume-Uni* du 21 septembre 1994, § 65 ; arrêt *Markovic et autres c. Italie* (Gde ch.) du 14 décembre 2006, § 99).

(57) Le droit au double degré de juridiction est également consacré, en matière pénale uniquement, par l'article 14, § 5, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

(58) D. DE BRUYN, « Le droit à un recours effectif », *op. cit.*, p. 189.

(59) C. const., 30 juin 2014, n° 99/2014, *M.B.*, 22 septembre 2014, p. 74522.

(60) Not. B. DUBUISSON et J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK, « L'anéantissement de la décision fautive, condition de recevabilité de l'action en réparation de l'erreur judiciaire », in *La responsabilité des pouvoirs publics. Actes des XXII^e Journées juridiques Jean Dabin*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 241-308 ; A. VAN OEVELEN, « Dwingt her Grondwettelijk Hof het Hof van Cassatie tot een verfijning van zijn Acca-rechtspraak », *R.W.*, 2014-2015, pp. 1578-1582 ; F. BOUHON et B. LAGASSE, « La responsabilité de l'État pour le fait du juge. De l'arrêt Anca à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 30 juin 2014 », in F. GLANSBORFF (dir.), *Droit de la*

on peut simplement rappeler que la Cour constitutionnelle y était amenée à se prononcer sur la compatibilité de la jurisprudence *Anca* (61) avec les articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison des articles 6 et 13 de la Convention européenne. Pour rappel, cette jurisprudence conditionne la recevabilité de l'action en responsabilité civile, dirigée contre l'État du fait d'une décision juridictionnelle, à l'exigence préalable que la décision litigieuse ait été anéantie d'une manière ou d'une autre (réformation, rétractation, annulation, retrait). Or, il est très difficile, voire pour tout dire pratiquement impossible, d'obtenir pareil anéantissement de la décision lorsqu'elle est rendue par une Cour suprême (en l'occurrence le Conseil d'État), statuant par définition en dernier ressort (62).

Confrontée à cette difficile question, la Cour constitutionnelle a rappelé dans un premier temps que « le principe de la sécurité juridique qui est inhérent à l'ordre juridique interne ainsi qu'à l'ordre juridique de l'Union européenne s'oppose à ce qu'un litige se poursuive indéfiniment » (63). Des restrictions au droit au recours effectif sont donc possibles et poursuivent un but légitime : encore faut-il qu'elles soient proportionnées au but ainsi poursuivi.

Procédant donc à son contrôle de proportionnalité, la Cour n'a pas remis en cause la condition de recevabilité fixée par la jurisprudence *Anca* : on peut même dire qu'elle en a consacré très explicitement le principe (64). L'exigence de sécurité juridique et le respect nécessaire de l'autorité de la chose jugée justifient que l'action en responsabilité de l'État ne puisse être intentée qu'après avoir obtenu l'anéantissement de la décision querellée (65).

Cette exigence s'applique en principe aussi à la décision rendue par une Cour suprême : elle a pour conséquence pratique qu'aucune action en responsabilité de l'État ne saurait en règle être engagée du fait de pareille décision. Ce n'est que si la décision de la Cour

responsabilité. Questions choisies coll. CUP, vol. 157, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 240-266 ; K. MUNUNGU LUNGUNGU et B. NELISSEN, « La responsabilité de l'État pour faute commise par une juridiction suprême : une politique des petits pas », *J.T.*, 2015, pp. 462-467.

(61) Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, pp. 363-366 (arrêt dit « *Anca I* ») et Cass., 8 décembre 1994, *Pas.*, 1994, pp. 1063-1067 (arrêt dit « *Anca II* »).

(62) F. BOUHON et B. LAGASSE, « La responsabilité de l'État pour le fait du juge. De l'arrêt *Anca* à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 30 juin 2014 », *op. cit.*, p. 245, n° 8.

(63) C. const., 30 juin 2014, n° 99/2014, précité, considérant B.7.2.

(64) C'est ce que rappellent, puisque certains en ont parfois douté, B. DUBUISSON ET J.-Fr. VAN DROOGHENBROECK dans leur étude précitée.

(65) C. const., 30 juin 2014, n° 99/2014, précité, considérant B.13.1.

suprême est entachée d'une « violation suffisamment caractérisée » (66) des règles de droit applicables que l'exigence du recours effectif reprend le dessus sur celui de la sécurité juridique (67): dans ce cas, et dans ce cas uniquement, l'action en responsabilité doit pouvoir être engagée devant les juridictions ordinaires quand bien même l'arrêt de la Cour suprême n'aurait pas – et pour cause – été anéanti.

Pourrait-on étendre pareil raisonnement à toutes les hypothèses dans lesquelles une décision de justice n'est pas susceptible de recours ? Et peut-on considérer que dans ces cas-là également, la mise en balance de l'exigence de sécurité juridique (68), d'une part, et de celle du recours effectif, d'autre part, devrait permettre de « restaurer l'appel » lorsque la décision en cause est affectée d'une « violation suffisamment caractérisée » des règles de droit ?

2. *Droit naturel et droits fondamentaux*

10. Qu'est-ce qu'une « violation suffisamment caractérisée » ? – Au fond, dans ce débat, la jurisprudence a déjà pris son parti. Lorsqu'elle rétablit l'appel là où il était interdit par la loi en raison du vice grave infectant le jugement, elle ne fait rien d'autre que de faire primer la nécessité du recours à celle de respecter la lettre de la loi, dont dépend la sécurité juridique. Toute la question est évidemment de savoir ce qui constitue une « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit.

D'emblée, il faut faire une précision importante : la violation d'une règle de droit matériel, aussi grossière soit-elle, n'a jamais été considérée en jurisprudence comme étant de nature à restaurer le recours là où il était supprimé. La théorie de l'appel restauré est plus communément connue des processualistes sous le terme d'« appel-nullité » (69) : la raison en est précisément que ce pro-

(66) L'usage de ces termes vise à faire concorder la jurisprudence belge avec celle de la Cour de justice de l'Union européenne en la matière (not. arrêt *Köbler c. Autriche* du 30 septembre 2003, aff. C-224/01), afin de placer tous les justiciables sur un pied d'égalité, selon que la violation porte sur une norme de droit belge ou sur une norme de droit européen. Sur ce point un peu technique, qui dépasse le cadre du présent propos, voy. à nouveau F. BOUHON et B. LAGASSE, « La responsabilité de l'État pour le fait du juge. De l'arrêt Anca à l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 30 juin 2014 », *op. cit.*, p. 259, n° 26.

(67) C. const., 30 juin 2014, n° 99/2014, *précité*, considérant B.16.

(68) Et aussi, il faut le dire, de célérité voire d'efficacité économique (en particulier en matière de faillite et de redressement judiciaire).

(69) Voy. par ex. G. BOLARD, « L'appel-nullité », *D.*, chr., 1988, pp. 177-184. D'autres auteurs, que nous avons décidé de suivre ici, préférèrent l'expression plus évocatrice d'appel

cédé ne vise à restaurer l'appel que pour faire prononcer la nullité du jugement rendu, et non pour en obtenir la réformation.

Aussi, le redressement d'un mal jugé n'a jamais été admis en jurisprudence ni en doctrine comme cause d'ouverture de l'appel restauré (70) : seul peut y donner lieu la violation de règles d'ordre procédural, qu'elles touchent à la régularité de la saisine, de l'instance ou à celle du jugement (71). Lorsque l'on parle ici de « violation suffisamment caractérisée » de la règle de droit, on vise donc exclusivement la règle de droit procédural, à l'exclusion de la règle de droit matériel (72).

Ainsi circonscrite, revoici la question : qu'est-ce que la « violation suffisamment caractérisée » d'une règle de droit d'ordre procédural ? On peut avancer l'idée qu'il devrait s'agir d'une violation ayant pour effet de vider le procès de son essence, ou, pour le dire autrement, d'une violation qui aurait pour effet de faire perdre au procès sa spécificité propre en tant que mode de règlement des conflits.

Le procès civil, tel que nous l'entendons aujourd'hui, n'est en effet qu'un instrument parmi d'autres pour tenter de régler les litiges, dont la spécificité tient à quelques caractéristiques : respect du contradictoire, impartialité du juge, et, pour ce qui concerne le procès civil, respect du principe dispositif.

Faut-il y ajouter d'autres choses ? Nous ne le pensons pas : il s'agit là des trois conditions nécessaires, mais en soi suffisantes, pour que l'on puisse parler de procès civil. Il en va d'un mode de règlement des conflits où le litige, de l'initiative des parties (ou au moins de l'une d'elle) est soumis à un juge dans les limites qu'elles ont-elles-mêmes fixées, pour être tranché par celui-ci au

« restauré » : c'est le cas par ex. de J. HÉRON et T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Paris, Montchrestien-Lextenso, 2012, pp. 596-602.

(70) Voy. par ex. Cass. fr. (com.), 4 janvier 2005, n° 02-21/504 cité par N. FRICERO, v° « Appel-nullité », *Jurisclasser proc. civ.*, fasc. 724, n° 26. En ce sens égal., P. CAGNOLI, *Essai d'analyse processuelle du droit des entreprises en difficulté*, t. 368, coll. Bibliothèque de droit privé, Paris, LGDJ, 2002, pp. 392-424, spéc. p. 408, n° 499.

(71) Voy. la typologie proposée par V. HUET, « L'appel-nullité », *Rev. jur. de l'Ouest*, 1988, pp. 349-379.

(72) Même dans le cadre de l'action en responsabilité dirigée contre l'État du fait du juge, la question de savoir si un évident « mal jugé », c'est-à-dire la violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit matériel, peut s'analyser comme une faute du juge, donne lieu à débat. Voy. à ce sujet B. DUBUISSON, « La responsabilité civile du pouvoir judiciaire : l'application de la loi par le juge, obligation de moyens ou de résultat ? », in *La responsabilité professionnelle des magistrats*, coll. Les Cahiers de l'Institut d'études sur la Justice, vol. 10, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 37-65.

terme d'un débat au cours duquel il aura entendu, de manière impartiale, les arguments de chacune d'elles.

Il existe d'autres règles de droit procédural, qui ont aussi leur importance : publicité des débats et du prononcé, obligation de motivation, délai raisonnable. Mais si elles constituent autant de garanties supplémentaires de « bonne justice », leur violation, aussi regrettable soit-elle, n'est pas de nature à porter atteinte à l'essence (73) du procès ainsi définie (74).

De façon tout à fait révélatrice, on ne s'étonnera pas en remarquant que ces trois grandes règles sont aussi celles qui montrent le plus de permanence dans le temps et dans l'espace. À considérer que ce soit cette permanence qui puisse fonder l'idée de « droit naturel » (on verra qu'il faut nuancer cette affirmation), on constatera avec Mauro Cappelletti, dans sa formidable étude portant sur les garanties fondamentales du procès civil (75), que ces trois exigences transcendent à peu près tous les systèmes de droit connus et peuvent se résumer à cette sorte de « trinité processuelle » : *audiatur et altera pars* (principe contradictoire) – *ne eat judex ultra petita et allegata a partibus* (principe dispositif) – *nemo judex in re sua* (principe d'impartialité).

11. Faut-il opposer droit naturel et droits fondamentaux ?

– Ce curieux retour du « droit naturel » au terme d'une réflexion qui avait précisément entendu l'en exclure est interpellant. Sans avoir la prétention de résoudre ici une interrogation déjà ancienne, cette coïncidence pose la question des rapports entre droit naturel et droits fondamentaux.

Comme on l'a évoqué plus haut, l'idée de droit naturel renvoie à celle d'une permanence, à la fois dans le temps et dans l'espace, ou, autrement dit, dans l'Histoire et dans le Monde. Serait de droit naturel la règle qui se retrouverait toujours et partout, des temps

(73) Sur le contradictoire en particulier, comme élément consubstantiel au procès, voy. M.-A. FRISON-ROCHE, *Généralités sur le principe du contradictoire*, thèse (1988), Issy-les-Moulineaux, LGDJ – Lextenso Editions, 2014, spéc. pp. 197-200 et G. WIEDERKEHR, « Les droits de la défense et le principe de la contradiction », in D. D'AMBRA, F. BENOÎT-ROHMER et C. GREWE (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits* coll. Droit et justice, vol. 49, Bruxelles, Bruylant-Némésis, 2003, pp. 162-163.

(74) Sur ce point de vue, voy. déjà A. HOC, « Principe de la contradiction, obligation de motivation et appel-nullité », *J.T.*, 2014, pp. 613-617, spéc. p. 617.

(75) M. CAPPELLETTI, « Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings », in M. CAPPELLETTI et D. TALLON (dir.), *Fundamental guarantees of the parties in civil litigation* Milan-New York, Giuffrè Editore - Oceano Publications, 1973, pp. 663-773, spéc. p. 664.

les plus lointains aux contrées les plus reculées. L'idée est belle mais, comme l'a démontré brillamment Philippe Jestaz (76), il faut se rendre à l'évidence : à des rares exceptions près, un bref exercice combiné d'histoire du droit et de droit comparé aurait plutôt tendance à conforter l'idée de la fragilité et de la relativité congénitales de la règle de droit.

Le hiatus entre le droit naturel et l'idée qu'on s'en fait tient peut-être à une erreur de perspective. Très intuitivement, on a tendance à placer le droit naturel « derrière nous », comme un donné – philosophique, moral, religieux ou sociologique – qui s'imposerait à nous (77).

On doit à Jean Carbonnier d'en avoir le premier proposé une autre vision en suggérant au contraire de placer le droit naturel « devant nous » (78). Il n'est alors plus un donné auquel il conviendrait d'accorder le droit positif, mais devient un concept dynamique : il exprime bien au contraire l'idée d'un effort constant en vue d'accorder toujours davantage le droit positif – nécessairement imparfait – à un idéal abstrait de Justice (79). Si l'on veut bien se donner la peine de le relire, on verra qu'Henri Motuslky n'envisage pas autrement « son » droit naturel dans le fameux article qu'il consacre à la question (80). De même est-il sans doute plus juste de considérer que si les trois grands principes processuels identifiés par Cappelletti sont « de droit naturel », c'est parce qu'ils répondent à un idéal commun de Justice, et que c'est bien cela qui explique leur permanence et non l'inverse.

De ce point de vue, les droits fondamentaux ne suivent ni ne supplantent le droit naturel, mais concourent tout au contraire à sa réalisation. Ils contribuent à la recherche de cet idéal de Justice, et visent à redéfinir les règles du droit positif en ce sens. On remarquera ainsi que la théorie de l'appel restauré n'a pas attendu les grands textes protecteurs des droits fondamentaux pour exister : cette création prétorienne audacieuse témoignait déjà, au milieu

(76) P. JESTAZ, « L'avenir du droit naturel ou le droit de seconde nature », *RTD civ.*, 1983, pp. 233-262.

(77) *Ibid.*, p. 236.

(78) J. CARBONNIER, *Droit civil, Les obligations*, 1957, p. 295, cité par P. JESTAZ, *op. cit.*, p. 236, note 14.

(79) P. JESTAZ, *op. cit.*, p. 237 : « Le droit naturel, c'est au fond le droit tout court. (...) Le droit ni français, ni allemand, etc... mais le droit en soi. Le droit au sens où l'on s'indigne d'une décision contraire au droit ».

(80) H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense », *op. cit.*, p. 83.

d'un XIX^e siècle pourtant marqué par le culte de la loi, de la volonté de corriger la rigueur du droit positif pour faire primer la Justice lorsque celle-ci semblait malmenée dans son essence-même.

12. Quel est l'apport des textes consacrant les droits fondamentaux ? – La présente contribution pourrait donc se conclure sur ce sympathique constat, que la recherche du droit naturel et le respect des droits fondamentaux sont au fond deux manières différentes d'évoquer une même réalité. Sans que cela soit véritablement faux – l'on vient d'ailleurs de défendre le contraire – il faut aller plus loin. La consécration des droits fondamentaux, que ce soit par les textes constitutionnels ou les grandes conventions internationales, a quand même une valeur ajoutée par rapport au seul concept de droit naturel. Il nous semble en effet, à la suite de Cappelletti, que l'apport de ces textes est au moins double.

D'une part, ces textes rendent les États justiciables du respect de ces droits, là où auparavant leur respect était laissé à leur discrétion. Bien plus, certains de ces textes, au premier rang desquels la Convention européenne des droits de l'homme, mettent en place un mécanisme de contrôle juridictionnel qui doit assurer l'effectivité de la mise en œuvre de ces droits (81). Cette évolution est considérable et ne saurait s'analyser comme un simple changement dans la terminologie : elle permet de dépasser le caractère « aérien » (82) du droit naturel et de ramener le respect des droits fondamentaux « sur terre » (83). L'exigence d'un recours effectif en cas de violation des droits consacrés par la Convention, dont le droit au procès équitable, est l'une des expressions les plus manifestes de cette évolution.

D'autre part, mais de manière moins directement évidente, il ne faut pas exclure que ces textes aient aussi ce qu'on a pu appeler une « portée éducative » (84). Au-delà même de l'application concrète qui en est faite, ces grandes « chartes » des droits fondamentaux – qu'on en connaisse l'existence, qu'on les commente, qu'on en cri-

(81) M. CAPPELLETTI, « Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings », *op. cit.*, pp. 766-767.

(82) Le mot est de M. CAPPELLETTI, « Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings », *op. cit.*, p. 772.

(83) N'est-ce pas le sens d'ailleurs de cette jurisprudence constante de la Cour européenne des droits de l'homme (depuis *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979, § 24) selon laquelle la Convention « a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoires, mais concrets et effectifs » ?

(84) M. CAPPELLETTI, « Fundamental guarantees of the parties in civil proceedings », *op. cit.*, p. 771.

tique les insuffisances ou qu'on les encense – contribuent à créer une conscience commune de l'importance des droits fondamentaux et inscrivent cette préoccupation au cœur du discours politique et juridique. On pourrait dire, pour reprendre cette expression propre à la philosophie allemande, que le respect des droits fondamentaux fait partie du *Zeitgeist* contemporain, c'est-à-dire de « l'esprit de notre temps ».

En définitive, c'est sans doute bien pour cette raison que la théorie de l'appel restauré a pu prospérer dans notre droit de manière « spontanée », sans s'embarrasser de grandes réflexions théoriques, mais sans susciter pour autant l'hostilité ni de la doctrine, ni de la jurisprudence.